



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Resolución de Gerencia General

Nº 026-2010-GG-OSITRAN

Lima, 26 de marzo de 2010

VISTOS:

El Recurso de Apelación formulado por la Entidad Prestadora FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., en lo sucesivo el Concesionario, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Nº 03-2010-GS-OSITRAN y el Informe No. 017-10-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal, y;

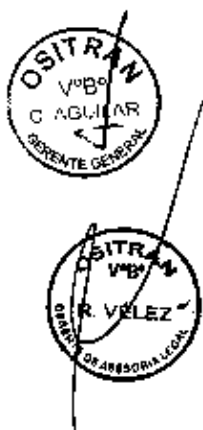
CONSIDERANDO:

I. OBJETO:

1. El objeto de la presente Resolución es resolver el Recurso de Apelación, formulado por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Nº 03-2010-GS-OSITRAN, sobre reconocimiento de inversiones para acogimiento al mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Especial, correspondiente al periodo marzo - setiembre 2009.

II. ANTECEDENTES:

2. El Estado Peruano, actuando a través del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, en adelante El Concedente, suscribió con fecha 20 de setiembre de 1999 el Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur y Sur Oriente, con el Concesionario.
3. Con Carta No. 144-GL-2009/FETRANS, de fecha 30 de setiembre de 2009, el Concesionario comunicó, a este Organismo Regulador, su decisión de acogerse al mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Especial, correspondiente al periodo marzo 2009 - setiembre 2009, conforme a lo previsto en la cláusula 10.1 del Contrato de Concesión, señalando para tal efecto que, el monto invertido, a ser reconocido por OSITRAN, ascendía a la suma de S/. 82'484,005.85 (Ochenta y Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Cuatro Mil con Cinco y 85/100 Nuevos Soles).
4. Mediante Resolución Nº 027-2009-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión reconoció al Concesionario, para efectos del mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Especial, la suma de S/. 75'119,751.39 (Setenta y Cinco Millones Ciento Diecinueve Mil Setecientos Cincuenta y Uno y 39/100 Nuevos Soles).
5. Con fecha 07 de diciembre de 2009, el Concesionario interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución Nº 027-2009-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

6. Mediante la Resolución N° 03-2010-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 027-2009-GS-OSITRAN, reconociendo el monto adicional de S/. 2'349,297.45 (Dos Millones Trescientos Cuarenta y Nueve Mil Doscientos Noventa y Siete y 45/100 Nuevos Soles) para efectos del mecanismo de Liberación de Pago de la Retribución Especial, correspondiente al periodo marzo 2009 - setiembre 2009.
7. Con fecha 12 de febrero de 2010, el Concesionario interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 03-2010-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión.

III. ANÁLISIS:

8. Según lo señalado en el objeto de esta Resolución, se evaluarán los siguientes puntos:

- A. Requisitos de Admisibilidad del Recurso de Apelación.
- B. Argumentos del Recurso de Apelación.
- C. Evaluación de los Argumentos del Recurso de Apelación.

A. Requisitos de Admisibilidad del Recurso de Apelación:

9. El artículo 26° del Reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las Concesiones Ferroviarias del Centro y del Sur y Sur Oriente¹, en adelante El Reglamento, establece que la Entidad Prestadora podrá interponer Recurso de Apelación en un plazo no mayor de quince (15) días, contados a partir del día a la fecha de notificación del pronunciamiento de OSITRAN. Asimismo, el artículo 27° del precitado reglamento, establece que el Recurso de Apelación deberá estar dirigido a la Gerencia General, indicando el monto impugnado y el sustento del pedido de apelación, por distinta interpretación de los hechos o del derecho aplicable.
10. Sobre el particular, cabe señalar que del expediente administrativo organizado se observa que el Recurso de Apelación materia de análisis, fue presentado por el Concesionario dentro del plazo establecido en el artículo 27° del Reglamento, y observando los requisitos a que se contrae el artículo 28° del aludido cuerpo normativo. En ese sentido, procede ser admitido a trámite.

B. Argumentos del Recurso de Apelación:

11. La pretensión del Recurso de Apelación presentado contra la Resolución N° 03-2010-GS-OSITRAN, es que la misma sea reformada, en el extremo de aceptar las inversiones presentadas mediante Carta No. 144-2009/FETRANS y no reconocidas, por un importe de S/. 4'686,952.72 (Cuatro Millones Seiscientos Ochenta y Seis, por los siguientes principales conceptos, según se señala en la Apelación:



Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 001-2006-CD-OSITRAN.

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: Info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

"Lubricantes, Combustibles y Herramientas: (...) no aceptando la misma por un monto ascendente a S/. 1,239.28.

Dicho monto corresponde conforme se indica en EL INFORME² a repuestos para la reguladora de balastro. EL INFORME menciona que dichos conceptos no califican para la liberación de pago según lo establecido en el Contrato de Concesión y en el reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación de Pago; sin embargo ello no es cierto.

El artículo 12^o ³ del Reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las Concesiones Ferroviarias del Centro y del Sur y Sureste (en adelante EL REGLAMENTO) establece que para que un desembolso pueda calificar como rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea, deben cumplir con dos condiciones:

- 1) Sean destinados exclusivamente al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
- 2) Que los bienes o servicios se encuentren efectivamente instalados o se hayan recibido los servicios en la Línea Férrea

En ese sentido, tenemos que los repuestos para la Reguladora de Balastro cumplen con estas dos condiciones ya que dichos repuestos fueron utilizados para una maquina de este tipo, la misma que no puede utilizarse para otro fin distinto al de regular balastro, esto es realizar labores de mantenimiento y/o rehabilitación de Línea Férrea (...).

"Material de Talleres: (...) no acepta una inversión de de S/. 553,574.32 la misma que está compuesta por materiales utilizados en el mantenimiento y reparación de unidades de vía (Rameadoras, Reguladoras de Balastro, Perforadoras de Durmientes, etc.) las cuales son utilizadas exclusivamente en labores de mantenimiento y rehabilitación de vía.

(...) los materiales utilizados en el mantenimiento y reparación de unidades de vía son necesarios para el correcto funcionamiento de los equipos que efectúan en forma exclusiva labores de mantenimiento y rehabilitación de la vía férrea (...) el Regulador debe comprender que los repuestos cuyo reconocimiento se solicita, han sido utilizados para dar mantenimiento a las unidades de mantenimiento o rehabilitación de la Línea Férrea; y que estas unidades no pueden ser utilizadas para un fin distinto (...)"



² EL INFORME, está referido al Informe No. 025-2010-GS-OSITRAN.

³ Artículo 12^o.- Desembolsos que califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago.

12.1 Califican para efectos del mecanismo de Liberación de Pago establecido por los Contratos de Concesión, los desembolsos realizados por el Concesionario en rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea, siempre que éstos cumplan con las siguientes condiciones:

- i) Sean destinados exclusivamente al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
- ii) Que los bienes o servicios, se encuentren efectivamente instalados o se hayan recibido los servicios en la Línea Férrea.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

En este punto, El Concesionario también señala que el Informe que sustentó la Resolución impugnada rechaza dichas inversiones, indicando que los fundamentos del Concesionario se basan en la costumbre, al respecto, refiere que los antecedentes citados no constituyen únicamente costumbre sino que constituyen pronunciamientos previos del Regulador aplicando de manera correcta el Contrato de Concesión y el Reglamento.

"Material de Vía: (...) no está aceptando los pagos realizados a TISUR por concepto de almacenaje y ocupación de muros por el monto (no reconocido) de S/. 218,855.40, importe que fue deducido de la partida durmientes de concreto.

(...) Dado el volumen de carga transportada, TISUR no nos otorgó un plazo para el retiro del Material, sino que las condiciones del servicio implicaban el cobro desde el primer día (...)"

"Mano de Obra FT Diciembre 2008: (...) no acepta una inversión por S/. 16,128.69 correspondiente a Mano de Obra señalando que la misma no corresponde al periodo Marzo 2009 – Setiembre 2009, sino a diciembre de 2008, por lo cual sostienen que no se puede reconocer dicho monto.

Sobre el particular, ninguna de las disposiciones contractuales citadas por el Regulador impide o limita la presentación de inversiones de periodos anteriores. Lo único que se precisa es que en cada oportunidad que corresponda el pago de la Retribución Principal o Especial el Concesionario deberá comunicar al Concedente su decisión de ejercer las facultades que le conceden los numerales 10.1.1 y 10.1.2 de este contrato.

En caso decida emplearlas, deberá presentar al concedente y a OSITRAN toda la información y/o documentación sustentatoria que resulte necesaria o que le sea solicitada (...)"

"Servicio de Terceros: (...) OSITRAN no califica como inversión un monto de S/. 72,271.82, el mismo que está compuesto por:

ITEM	CONCEPTO	IMPORTE
1	Fabricación de castillo regulable y sistema de uñas de levante montacarga para adaptar a Cargador Frontal CAT-938	28,950.00
2	Fabricación Sistema de Uñas de levante tipo montacarga para adaptar a Cargador Frontal CAT-950 S/. 21,700 y fabricación de bastidor para izaje de durmientes para Grúa.	36,100.00
3	Reparación estructura porta escobas de Reguladora VO 110 y Fabricación de 04 dados de corredera de lampon.	17,221.82
	TOTAL	72,271.82

Sobre el particular debemos señalar que los ítems 1,2 y 3 corresponden a herramientas que fueron fabricadas para poder movilizar los durmientes de concreto utilizados para la

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN**

construcción de la enrielladura La Joya – Islay, sin la fabricación de estas herramientas el trabajo de trasladar los durmientes de concreto hubiera sido mucho más costoso y tedioso.

El literal a) del artículo 5 de EL REGLAMENTO señala:

Artículo 6º.- Principios aplicables

Los principios aplicables a la actuación de las Empresas Concesionarias y de OSITRAN son, entre otros, los siguientes:

a) Principio de eficiencia en la inversión.

La inversión en la rehabilitación y mantenimiento de la línea férrea se guiará por la eficiencia en la asignación de recursos, así como para alcanzar y mantener los estándares de calidad, estándares técnicos y otros requisitos establecidos por los Contratos de Concesión (...)

Por ello, el Regulador debe evaluar bajo esta óptica, y teniendo siempre presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento General de OSITRAN, que el Regulador, en su actuación, debe buscar la eficiencia en la asignación de recursos y el logro de objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto.

Como podemos apreciar las herramientas fabricadas para la colocación de los durmientes cumplen las dos condiciones estipuladas en el Mecanismo de Liberación de Pago, dado que fueron destinados exclusivamente para el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea y los servicios fueron recibidos en la Línea Férrea, por lo cual, dichos importes deberían ser reconocidos por el Regulador (...).

"Servicio de Personal Man Power, Servicio de Seguridad, Viáticos y Gastos Bancarios de Financiación: (...) OSITRAN se pronuncia con respecto a los Servicios de Personal Man Power, Servicios de Seguridad, Viáticos y Gastos Bancarios de Financiación (respectivamente), sobre los cuales no acepta como inversión los siguientes importes:

Ítem	Detalle	Importe S/.
1	Servicio Man Power	53,645.09
2	Servicio de Seguridad	267,910.59
3	Gastos Bancarios de Financiación	2,950,558.91
	TOTAL	3,272,114.59

(...) según lo estipulado en las NIC, las cuales son de aplicación obligatoria en la República Peruana, los gastos señalados en el cuadro precedente forman parte del costo del activo, y por ende, deberán de ser reconocidos como inversión para la Liberación de pago (...) les solicitamos tener presente la Carta de nuestros Auditores Externos –BDO que obra en el expediente, mediante la cual concluyen que los servicios y los gastos de financiación forman parte integrante del costo de la Enrielladura La Joya – Islay".

"Equipo: en el punto 3.9 del INFORME se indica que no se reconoce la inversión





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

correspondiente a un Motor Hidráulico Charly Eaton (4593210283) por un monto de S/. 5,691.07, debido a que no se precisa el uso de este equipo para el mantenimiento de vía.

Sobre el particular debemos de señalar que dicho motor hidráulico fue adquirido para la Reguladora de Balastro VO-109. Hemos adjuntado a nuestro recurso de reconsideración como Anexo 8 la SCL No. 105302 que sustenta dicha adquisición (...).

"Repuestos Equipos de Vía: en el punto 3.10 del INFORME, se indica que no se acepta una inversión ascendente a S/. 211,056.26, señalando que los repuestos para Autovías, Autocarriles y Equipos de Vía no califican como inversión según lo estipulado en el Reglamento Aplicable al Mecanismo de Liberación de Pago.

Al respecto, tal como lo hemos detallado en el presente Recurso, dichas inversiones si califican para la liberación de pago por lo que en virtud de lo expuesto deberían ser aceptadas por el OSITRAN".

"Mantenimiento: EL OSITRAN en el numeral 3.12 del INFORME no acepta las inversiones efectuadas en servicios de mantenimiento y reparación de Autovías, Autocarriles y Equipos de Mantenimiento de Vía por un importe de S/. 191,020.85.

En dicho informe, el Regulador señala que las inversiones de los repuestos de autovías y autocarriles así como los repuestos de maquinaria de vía, no califican para la liberación de pago de la Retribución, lo cual involucra el mantenimiento de las unidades realizadas por terceros

Sobre el particular y según lo expuesto en el presente recurso, queda demostrado que el OSITRAN debe reconocer dichas inversiones (...).

"Servicio de Personal: En el punto 3.13 del INFORME se analiza las inversiones correspondientes a la Mano de Obra de los Contratistas de Vía y Talleres, señalando que se encuentran trabajos relacionados a la reparación de unidades, los cuales no califican para la liberación de pago.

Sobre el particular y según lo expuesto en el presente recurso, queda demostrado que el OSITRAN debe reconocer dicha inversión (ascendente a S/. 116,345.43)".

"Trenes de Trabajo: en el numeral 3.14 del INFORME, OSITRAN señala que no puede reconocer inversiones realizadas en el año 2008. Sin embargo, dichas inversiones si califican plenamente como reconocibles en este periodo, para ello, nos ratificamos en todos nuestros fundamentos expuestos en el punto 2.1.4 del presente escrito, en la medida que no existe limitación contractual o reglamentaria que nos impida presentar estas inversiones.

Por ello solicitamos al OSITRAN reconocer la inversión ascendente a S/. 28,655.02".

C. Evaluación de los Argumentos del Recurso de Apelación:

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositrان.gob.pe
www.ositrان.gob.pe



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

- El Concesionario señala que las inversiones efectuadas en repuestos, materiales y servicios personales, para el mantenimiento y/o reparación de maquinarias y equipos de vía cumplen con los supuestos establecidos en el numeral 12.1 del artículo 12º del Reglamento aplicable al Mecanismo de Liberación del Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial en las Concesiones Ferroviarias del Centro y del Sur y Sureste, en adelante el Reglamento, y, por tanto, dichas inversiones deben ser reconocidas. (Puntos Nos. 2.1.1, 2.1.2, 2.1.7, 2.1.8, 2.1.9 y 2.1.10 del Recurso de Apelación).

12. Al respecto, de acuerdo a la definición de Inversiones contenida en la cláusula 1.1⁴ del Contrato de Concesión, se entiende por inversiones, los recursos del Concesionario destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea, excluyéndose de dicho concepto las inversiones realizadas utilizando Empresas Vinculadas del Concesionario, y las remuneraciones del personal del Concesionario.

13. Por su parte, la cláusula DÉCIMA⁵ del Contrato de Concesión, establece que para efectos de la liberación de pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial, el Concesionario deberá acreditar que efectivamente invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Dichas inversiones, agrega la norma contractual, se considerarán efectuadas en el momento que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la Línea Férrea. Como es de verse, el Contrato de Concesión no incluye los conceptos señalados por el Concesionario (repuestos, materiales y servicios personales para el mantenimiento y/o reparación de maquinarias y equipos de vía) como inversiones o desembolsos, para efectos del mecanismo de liberación del pago.

14. Así también, el artículo 12⁶ del citado Reglamento, tampoco prevé que el

⁴ 1.1 **Definiciones.** Para los fines del presente Contrato, las Partes convienen que los términos que a continuación se señalan tendrán el siguiente significado:

Inversiones: significarán, para efectos del mecanismo previsto en el numeral 10.1 de este Contrato, los recursos del Concesionario destinados exclusivamente a la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Se excluyen de este concepto las Inversiones realizadas utilizando Empresas Vinculadas del Concesionario, entendiéndose por estas últimas a aquellas definidas como tales por las Bases, y las remuneraciones del personal del Concesionario.

⁵ **CLÁUSULA DÉCIMA: INCENTIVOS A LA INVERSIÓN DEL CONCESIONARIO**

10.1 Liberación del pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial. El Concesionario podrá dejar de pagar la Retribución Principal y la Retribución Especial en mérito a sus Inversiones, de acuerdo a las siguientes reglas:

10.1.1 Durante los cinco primeros Años de Concesión hasta la totalidad de los pagos que correspondan por la Retribución Principal y la Retribución Especial podrán ser dejados de pagar por el Concesionario en la medida que realice Inversiones. El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/. 1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/. 1.00 (Un Nuevo Sol) que el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea. Las inversiones del Concesionario se considerarán efectuadas en el momento en que efectivamente se instalen bienes o se reciban servicios en la línea férrea.

(...)[Resaltado y Subrayado agregado]

⁶ **Artículo 12º.- Desembolsos que califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago.**

12.1 Califican para efectos del mecanismo de Liberación del Pago establecido por los Contratos de Concesión, los desembolsos realizados por el Concesionario en rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea, siempre que éstos cumplan con las siguientes condiciones:

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN**

Concesionario pueda presentar para efectos de liberación de pago, los gastos incurridos (repuestos, materiales y servicios personales) para el mantenimiento y/o

- i) Sean destinados exclusivamente al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
- ii) Que los bienes o servicios, se encuentren efectivamente instalados o se hayan recibido los servicios en la Línea Férrea.
- 12.2 Las actividades a las que se puede aplicar el mecanismo de liberación de pago son las siguientes:
- a) **Mantenimiento de la Línea Férrea**
- Nivelación y alineación de la vía
 - Perfilado y reforzamiento de taludes
 - Cambio de durmientes
 - Ajuste periódico de los elementos de fijación
 - Mantenimiento de juntas y lubricadores de riel
 - Lubricación de ecisas
 - Limpieza de cunetas y alcantarillas
 - Mantenimiento de desvíos de cruzamiento y cambios conectados a la vía principal
 - Mantenimiento y desquinchado de túneles
 - Mantenimiento de puentes
 - Reparación y limpieza de cambios y cruzadas
 - Mantenimiento de la señalización y de las instalaciones de seguridad
 - Limpieza de la Línea Férrea afectada por acción de la naturaleza o siniestros.
- b) **Rehabilitación de la Línea Férrea**
- Construcción de Línea Férrea, desvíos de cruzamiento y cambios conectados a la vía principal.
 - Construcción o reconstrucción de puentes y túneles dentro de área matriz de la concesión.
 - Reconstrucción del perfil de la vía.
 - Cambio de elementos de Línea Férrea.
 - Adición o colocación de balasto nuevo.
 - Defensa de terraplenes: encauzamiento de ríos, muros de contención, gaviones y similares.
 - Construcción de cunetas y alcantarillas.
 - Reconstrucción de partes de la estructura metálica o de concreto de los puentes.
 - Reemplazo de cruzadas.
 - Instalación de señalización de la Línea Férrea.
 - Elaboración de expedientes técnicos de obra.
 - Obras civiles necesarias para la Línea Férrea

12.3 Para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago, califica la instalación de los siguientes bienes y los servicios utilizados en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea:

- i. **Materiales y suministros**
- Rieles y accesorios.
 - Durmientes y accesorios.
 - Balasto.
 - Vigas.
 - Cruzadas y accesorios.
 - Combustibles y lubricantes que requiere la maquinaria y el equipo utilizado en el mantenimiento y rehabilitación de la vía.
 - Herramientas.
 - Materiales de construcción.
- ii. Mano de obra directa utilizada en el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea de terceros, distintos a empresas vinculadas y al personal de la Empresa Concesionaria.
- iii. **Adquisición y/o reposición de maquinaria y equipo con un valor individual, no mayor de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.**
- iv. **Utilización efectiva, según horas-máquina, de maquinaria y equipo ferroviario, con un valor individual mayor de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.**
- Máquinas rameadoras y cambiadoras de durmientes.
 - Niveladoras.
 - Equipo de encarrilar.
 - Perforadoras de durmientes.
 - Tirafoneras.
 - Lubricadoras de rieles.
 - Cortadora de rieles.
 - Equipo de movimiento de tierra destinado al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.
 - Otros.
- v. Leasing por maquinaria y equipo con o sin opción de compra, incluido el pago de la opción de compra.
- vi. Utilización del material rodante: autovías y trenes de trabajo destinados para el mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea.

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe

**OSITRAN**Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

reparación de la maquinaria y equipos de vía, como inversiones para efectos del mecanismo previsto para la liberación del pago, contemplado en la cláusula DÉCIMA del Contrato de Concesión.

15. El literal d) del artículo 13º de dicho Reglamento establece que, entre otros, no califican para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago contemplado en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión, la compra de bienes que no han sido instalados o de servicios que no han sido recibidos en la Línea Férrea, como es el caso de los repuestos, materiales y servicios personales para el mantenimiento y/o reparación de maquinarias y equipos de vía, los cuales no han sido instalados o recibidos efectivamente en la Línea Férrea, sino en equipos o maquinarias de vía, que si bien, están dedicados en exclusividad a la Línea Férrea, esto no hace que se le pueda equiparar con la Línea Férrea.
16. De lo anterior, se tiene que tanto el Contrato de Concesión como el Reglamento no incluyen la adquisición de repuestos, materiales y servicios para el mantenimiento y/o reparación de maquinarias y equipos de vía, por más que los mismos sean utilizados exclusivamente en la rehabilitación y/o mantenimiento de la Línea Férrea, como inversiones para efectos de la aplicación del mecanismo de liberación de pago previsto en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión.
17. El Reglamento contiene una enumeración taxativa y no enunciativa, de los desembolsos del Concesionario que califican para efectos del mecanismo de liberación de pago. En consecuencia, es jurídicamente inviable que se integre a dicho Reglamento, los repuestos, materiales y servicios para el mantenimiento y/o reparación de las maquinarias y equipos de vía como plantea el Concesionario.
18. Por ello, dichas inversiones o desembolsos al no encontrarse efectivamente instalados en la Línea Férrea ni los servicios recibidos en ésta, no cumplen con las condiciones establecidas en el numeral 12.1 del artículo 12 del Reglamento y, por ello, no pueden ser reconocidos como desembolsos que califiquen para efectos del mecanismo de liberación del pago.
19. De otro lado, el Concesionario también cita algunos pronunciamientos emitidos por OSITRAN, con relación al reconocimiento de inversiones, los cuales señala que generaron predictibilidad sobre este criterio al administrado, al aceptar como inversión para la liberación de pago, los repuestos utilizados en la reparación y mantenimiento de los equipos de vía, constituyéndose en pronunciamientos previos del Regulador. Asimismo, refiere que EL INFORME (ver cita No. 2) confunde totalmente el Principio de Predictibilidad con el requisito de Publicidad establecido en el artículo 51 de la Constitución Política del Perú.
20. Sobre el particular, conviene acotar que el Principio de Predictibilidad⁷ contenido en la

⁷ 1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo LPAG, establece que la autoridad administrativa debe brindar a los administrados información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia certera de cuál será el resultado que se obtendrá.

21. De lo anterior fluye que, el Principio de Predictibilidad tiene dos finalidades. La primera, es permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuados para sus intereses. La Segunda, es desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición.
22. En el caso abordado, la información veraz, completa y confiable, aplicable al mecanismo de liberación del pago previsto en la Cláusula Décima del Contrato de Concesión, se encuentra en el Reglamento de Liberación de Pago. Dicha norma Regulatoria fue dictada --en ejercicio de su función normativa⁸-- por el Consejo Directivo de OSITRAN, para dar mayor predictibilidad⁹ al accionar del Regulador sobre la materia. En esa línea, no se habría inobservado la predictibilidad de las decisiones del regulador, como afirma el apelante.
23. Más aún, el numeral 2.5 del artículo V del Título Preliminar de la LPAG, concordante con el numeral 1 del artículo VI del citado cuerpo normativo, establece que son fuente del Procedimiento Administrativo, las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por sus leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general, que deben estar debidamente publicados. Dichas decisiones --añade la norma-- generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en sede Administrativa.
24. Evidentemente, los pronunciamientos previos emitidos por el Regulador no se constituyen en precedentes administrativos. El artículo 8¹⁰ del Reglamento de

una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

⁸ De acuerdo a lo previsto en el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la Función Normativa de los Organismos Reguladores comprende: La facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

⁹ Dicha circunstancia, se desprende del numeral "2 Efectos Esperados", de la Exposición de Motivos del Reglamento para la Liberación de Pago:

"2. Efectos esperados

El Reglamento recoge la experiencia acumulada por OSITRAN durante los últimos años, en la calificación de inversiones para efectos de la liberación de pago de la retribución principal y especial. En tal sentido, un primer efecto esperado del presente reglamento es el de dar mayor predictibilidad al accionar de OSITRAN respecto de los criterios utilizados y procedimientos sobre dichas materias."

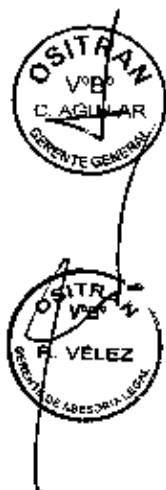
¹⁰ Artículo 8°.- Verificación Posterior.

OSITRAN está facultado para efectuar la verificación posterior de las liberaciones de pago de la Retribución Principal y la Retribución Especial aprobadas. Dichas verificaciones podrán ser físicas, documentarias, así como verificaciones de



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Liberación de Pago, establece que OSITRAN está facultado para efectuar la verificación posterior de la Liberación de Pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial aprobada. Además de ello, el artículo 9¹¹ del citado instrumento, establece que esa facultad vence al término de los cinco (5) años calendario, contados desde el 1º de enero del año siguiente a la aprobación de la solicitud de liberación de pago en última instancia administrativa.

25. En ese sentido, lo afirmado por el Concesionario, en relación al reconocimiento de inversiones o desembolsos efectuadas en repuestos, materiales y servicios personales, para el mantenimiento y/o reparación de maquinarias y equipos de vía, carece de sustento legal y, por tanto, no resultando amparable.

➤ El Concesionario presenta inversiones bajo los conceptos: "Material de Vía" (pagos realizados a TISUR por almacenaje y ocupación de muros), "Servicios de Terceros" (Fabricación de Herramientas para traslado de durmientes) y "Servicios de Personal Man Power, Servicio de Seguridad, Viáticos y Gastos Bancarios de Financiación", amparado en el Principio de eficiencia en la inversión y citando, para el efecto, el artículo 12º del Reglamento. (Puntos Nos. 2.1.3, 2.1.5 y 2.1.6 del Recurso de Apelación).

26. En este extremo, cabe señalar que el Principio de eficiencia en la inversión, invocado por el Concesionario, contenido en el literal a) del artículo 6º del Reglamento, debe leerse de manera concordada con las disposiciones contenidas en el artículo 12º de dicho Reglamento (Calificación de los Desembolsos), esto es, que las inversiones presentadas para el mecanismo de liberación del pago, previamente cumplan con las dos condiciones establecidas, en este último artículo, que son: i) Sean destinados exclusivamente al mantenimiento y rehabilitación de la Línea Férrea y ii) Que los bienes o servicios, se encuentren efectivamente instalados o se hayan recibido los servicios en la Línea Férrea.

27. Respecto del cumplimiento de las condiciones antes referidas, las inversiones presentadas por el Concesionario, tales como: almacenaje y ocupación de muros en TISUR, fabricación de herramientas para el traslado de durmientes, y servicios de personal de Man Power, servicios de seguridad, viáticos y gastos bancarios de

los precios de mercado y calidad de los bienes y servicios utilizados, entre otros elementos probatorios, a efectos que éstos se ajusten a lo establecido en los contratos de concesión, los principios aplicables y en las normas establecidas por el presente Reglamento.

En el caso que como resultado de la verificación posterior se determine que la liberación de pago aprobada, no cumplió con los requisitos y principios establecidos en el presente reglamento, OSITRAN procederá a notificar a la empresa concesionaria el monto de las retribuciones dejados de pagar, junto con los intereses correspondientes, sin perjuicio de las sanciones que establece el Reglamento de Infraacciones y Sanciones de OSITRAN y el Contrato de Concesión, según sea el caso.

11 Artículo 9º.- Prescripción de la facultad de verificación posterior

La facultad de verificación posterior por parte de OSITRAN, a que hace referencia el artículo 8º, vence al término de los (5) años calendario, contados desde el 1º de enero del año siguiente a la aprobación de la solicitud de liberación de pago en última instancia administrativa. Vencido el plazo establecido sin que OSITRAN haya iniciado un proceso de verificación posterior, dicha facultad no podrá ser ejercida por OSITRAN.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

financiación, resulta claro y evidente que no se encuentran instalados efectivamente en la Línea Férrea, ni que esos servicios fueron recibidos en la Línea Férrea, es por ello, que dichas inversiones no cumplen con la segunda condición del numeral 12.1 del artículo 12º del Reglamento y, por tanto, no califican para efectos del mecanismo de liberación del pago.

28. Por ello, no calificando dichos desembolsos para el mecanismo de liberación del pago, tampoco corresponde invocar el Principio de eficiencia en la inversión como sustento de los mismos.
29. Adicionalmente, el apelante no brinda mayor argumentación respecto de los desembolsos realizados en el almacenaje y ocupación de muros en TISUR, en los servicios del personal Man Power y servicios de seguridad, así como en los gastos bancarios de financiación, que presenta para acogerse al mecanismo de liberación del pago.
30. En base a lo anterior, la pretensión del Concesionario relativa a este punto también debe ser desestimada.
- El Concesionario presenta inversiones bajo los conceptos: "Mano de Obra FT Diciembre 2008" y "Trenes de Trabajo", correspondientes a periodos anteriores a marzo – setiembre 2009. (Puntos Nos. 2.1.4 y 2.1.11 del Recurso de Apelación).



31. En este punto, el Concesionario señala que ninguna de las disposiciones contractuales citadas por el Regulador impide o limita la presentación de inversiones de periodos anteriores, como es el caso de las inversiones efectuadas en Mano de Obra FT Diciembre 2008 y en Trenes de Trabajo.
32. El numeral 10.1.4 de la cláusula 10º del Contrato de Concesión¹² establece que en las oportunidades que corresponda el Pago de las Retribuciones Especial y Principal, el Concesionario comunicará al Concedente y a OSITRAN su decisión de acogerse al mecanismo de liberación del pago. En el presente caso, el Concesionario ha solicitado la liberación de pago de la Retribución Especial, correspondiente al periodo marzo - setiembre del 2009.
33. De la lectura de la citada cláusula, no se advierte que el Concesionario deba presentar únicamente inversiones o desembolsos efectuados en el mismo periodo en el cual solicita la liberación del pago de la retribución, como se señala en la Resolución materia de apelación, pues sólo dispone que, en caso decida emplearla (acogerse al

¹² 10.1.4 En las oportunidades que corresponda el pago de la Retribución Especial y en las que corresponda el Pago de la Retribución Principal, el Concesionario deberá comunicar al Concedente y a OSITRAN su decisión de ejercer las facultades que le conceden los numerales 10.1.1 y 10.1.2. de este Contrato. En caso decida emplearlas, deberá presentar al Concedente y a OSITRAN toda la información y/o documentación sustentatoria que resulte necesaria o que le sea solicitada.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

mecanismo de liberación del pago), deberá presentar toda la información y/o documentación sustentatoria, esto está referido a las inversiones o desembolsos realizados, según lo estipulado en los numerales 10.1.1 y 10.1.2 del Contrato de Concesión.

34. El numeral 10.1.1 del Contrato de Concesión, refiere que: "... El Concesionario quedará liberado de su obligación de pagar cada S/. 1.00 (Un Nuevo Sol) que corresponda por la Retribución Principal y la Retribución Especial a favor del Concedente por cada S/. 1.00 (Un Nuevo Sol) que el Concesionario efectivamente acredite que invirtió para la rehabilitación o mantenimiento de la Línea Férrea...", esta fórmula es repetida en el numeral 10.1.2. Conforme se aprecia, dicho numeral no contiene disposición relativa a la fecha en que el Concesionario deba efectuar las inversiones que posteriormente presentará para acogerse al mecanismo de liberación del pago.
35. De igual manera, el artículo 16º del Reglamento dispone: "Las empresas concesionarias deberán presentar ante OSITRAN y ante el Concedente, dentro de los plazos previstos en los respectivos Contratos de Concesión, una solicitud para la aplicación del mecanismo de liberación de pago de la Retribución Principal y de la Retribución Especial". Dicho artículo únicamente precisa las fechas en que el Concesionario debe presentar su solicitud para la aplicación del mecanismo de liberación del pago, sin contener detalle sobre la fecha en que deban efectuarse las inversiones o desembolsos, que posteriormente presentará para acogerse al mecanismo de liberación del pago.
36. Como se aprecia, de los dispositivos legales y contractuales antes referidos, no existe limitación, respecto de las fechas en que se efectuaron las inversiones, que posteriormente serán presentadas por el Concesionario, para efectos de acogerse al mecanismo de liberación del pago, estableciendo el Contrato de Concesión que la comunicación del acogimiento deberá realizarse en las oportunidades que corresponda el pago de la Retribución Especial y de la Retribución Principal.
37. Por ello, las inversiones o desembolsos presentados por el Concesionario bajo los conceptos Mano de Obra FT Diciembre 2008 y Trenes de Trabajo, correspondientes a periodos anteriores a marzo – setiembre 2009, cumpliendo con las condiciones establecidas en el numeral 12.1 del artículo 12º del Reglamento, corresponde ser reconocidas como inversiones o desembolsos que califican para efectos del mecanismo de liberación del pago, sin importar la fecha en que dichas inversiones fueron efectuadas por el Concesionario, por no encontrarse estipulado ni el marco del Contrato de Concesión, ni en la legislación sobre la materia.
38. En ese sentido, corresponde reconocer las inversiones o desembolsos efectuados por el Concesionario, bajo los conceptos Mano de Obra FT Diciembre 2008 y Trenes de Trabajo, por los montos de S/. 16,128.69 y S/. 28,655.02, respectivamente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

IV. CONSIDERACIONES FINALES:

39. El Contrato de Concesión y el Reglamento para la Liberación del Pago no incluyen a los repuestos, materiales y servicios personales utilizados en las maquinarias y equipos de vía, para efectos de la liberación de pago de la Retribución Especial, que el Concesionario está obligado a pagar al Concedente, por lo que no resulta amparable este extremo de su apelación.
40. No es factible aprobar el monto impugnado por conceptos de Material de Vía (pagos realizados a TISUR por almacenaje y ocupación de muros), Servicios de Terceros (Fabricación de Herramientas para traslado de durmientes) y Servicios de Personal Man Power, Servicio de Seguridad, Viáticos y Gastos Bancarios de Financiación, por no cumplir con las condiciones establecidas en el numeral 12.1 del artículo 12º del Reglamento para la Liberación del Pago.
41. Corresponde reconocer las inversiones o desembolsos efectuados por el Concesionario, en fecha anterior al periodo marzo – setiembre 2009, bajo los conceptos Mano de Obra FT Diciembre 2008 y Trenes de Trabajo, por los montos de S/. 16,128.69 y S/. 28,655.02, respectivamente.
42. La Gerencia de Supervisión es competente para iniciar las acciones de verificación posterior que correspondan, de acuerdo al marco jurídico vigente.

POR LO EXPUESTO y en mérito a las atribuciones y funciones previstas en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, concordante con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores, así como lo establecido en el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y en virtud a lo dispuesto en el Reglamento de Liberación de Pago, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 01-2006-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación formulado por FERROCARRIL TRANSANDINO S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 03-2010-GS-OSITRAN, en el extremo de reconocer, para efectos del mecanismo de liberación del pago de la Retribución Especial del periodo marzo – setiembre 2009, contemplado en la cláusula Décima del Contrato de Concesión, el monto adicional de S/. 44,783.71 (Cuarenta y Cuatro Mil Setecientos Ochenta y Tres y 71/100, Nuevos Soles), por las inversiones o desembolsos efectuados en Mano de Obra FT Diciembre 2008 (S/. 16,128.69) y Trenes de Trabajo (S/. 28,655.02).

SEGUNDO.- El nuevo monto total que califica para la liberación de pago de la Retribución Especial del periodo marzo – setiembre 2009 asciende a S/. 77'513,832.55 (Setenta y Siete



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN



Millones Quinientos Trece Mil Ochocientos Treinta y Dos y 55/100 Nuevos Soles), del monto total solicitado de S/. 82'484,005.85 (Ochenta y Dos Millones Cuatrocientos Ochenta y Cuatro Mil Cinco y 85/100 Nuevos Soles).

TERCERO.- Declarar agotada la vía administrativa con la presente Resolución, no procediendo ningún Recurso en esta vía.

CUARTO.- Notificar la presente Resolución al Concesionario FERROCARRIL TRANSANDINOS.A. Asimismo, hacerla de conocimiento de la Gerencia de Supervisión para los fines correspondientes, y autorizar su publicación en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), conforme a la normatividad vigente.

Regístrese, Comuníquese y Publíquese.

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. GG N°5942-20



OSITRAN

Organismo Supervisor de la Inversión en
Infraestructura de Transporte de Uso Público